

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO LEDENI DOS SANTOS

ATENUANTES INOMINADAS: ANÁLISE DE SUA UTILIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA
DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA E SOB A PERSPECTIVA DAS NOVAS CONCEPÇÕES.

FLORIANÓPOLIS

2014

RICARDO LEDENI DOS SANTOS

ATENUANTES INOMINADAS: ANÁLISE DE SUA UTILIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA
DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA E SOB A PERSPECTIVA DAS NOVAS CONCEPÇÕES.

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS –SC

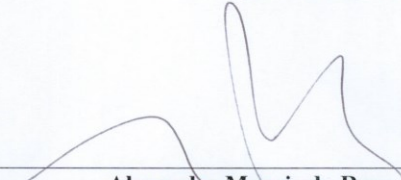
2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

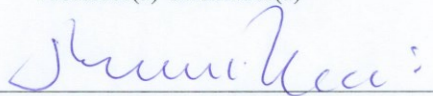
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**Os princípios da co-culpabilidade e da duração razoável do processo como atenuantes inominadas do artigo 66 do Código Penal**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Ricardo Ledeni dos Santos**, defendido em **12/12/2014** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

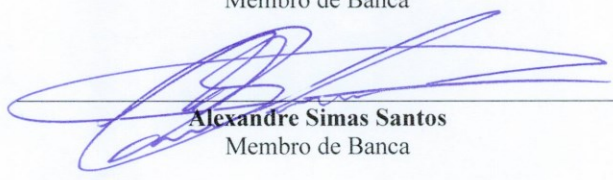
Florianópolis, 12 de Dezembro de 2014



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Juliano Keller do Valle
Membro de Banca



Alexandre Simas Santos
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Ao professor Alexandre Morais da Rosa, pelo total apoio, por sempre tirar as dúvidas que eu tive ao longo deste trabalho, por disponibilizar o seu tempo e sua paciência e me ajudar a conseguir finalizar este estudo. Serei eternamente grato a este grande professor o qual tive a honra de ser seu orientando.

Ao meu pai Ledeni Sebastião dos Santos meu grande ídolo e exemplo, que nos momentos de dificuldades, quando eu achava que não iria conseguir me dava a força necessária para continuar.

A minha mãe Rita de Cássia dos Santos, por seu amor incondicional de mãe, que nunca deixa se abater, estando sempre bem humorada e feliz com a vida.

A minha irmã Michelli de Cássia dos Santos, a dentista “palhacinha”, que faz todo mundo rir e encanta todos ao seu redor com seu jeito de ser, encanto este facilitado por seus olhos verdes.

A minha irmã Heloisa de Cássia dos Santos, esperta, inteligente, engraçada, bonita, simpática, enfim a lista de qualidades é infinita, a ponto de eu ter a certeza que ela é a médica mais completa que já existiu.

Muito Obrigado a todos.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo realizar uma análise a respeito da utilização das atenuantes inominada, previstas no artigo 66 do Código Penal. Este dispositivo contém como palavra chave o termo “relevante”, fazendo doutrinadores e magistrados divergirem nas situações que poderão caracterizar a utilização desta atenuante.

Os doutrinadores clássicos são silentes na caracterização dos fatos relevantes que possam vir a ensejar esta atenuante. A sua grande maioria apenas reproduz em seus manuais o texto legal, sem fazer maiores considerações. Os magistrados orientados pela concepção clássica dificilmente fazem uso desta atenuante em seus julgados.

De outro lado, surge uma nova concepção acerca das atenuantes inominadas. Nesta os doutrinadores buscam interpretar o dispositivo legal, e verificar as situações que nos casos concretos poderão permitir a sua utilização. Há um pequeno número de magistrados adeptos desta concepção, que em seus julgados inovadores, proporcionam uma transformação judicial ao usarem o artigo 66 do Código Penal de forma nova.

Procurando evidenciar de forma prática estas divergências doutrinárias no final do estudo são analisadas as jurisprudências relativas ao tema. As quais demonstram as diferentes concepções presentes em nosso judiciário.

Palavras chave: atenuantes inominadas, concepções clássicas, nova concepção.

Sumário

INTRODUÇÃO.....	7
1. REGIME DE APLICAÇÃO DA PENA.....	9
1.1-RESPONSABILIDADE PENAL E SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	9
1.2-AS FASES DE APLICAÇÃO DA PENA: DIVERGÊNCIAS ENTRE OS MÉTODOS BINÁRIO E TERNÁRIO.	14
1.3-POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL.....	17
2. AS FASES DE APLICAÇÃO DA PENA.....	22
2.1-PRIMEIRA FASE: DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS.....	22
2.2-SEGUNDA FASE: CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES.....	29
2.3-TERCEIRA FASE: CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO OU DE DIMINUIÇÃO DA PENA.	39
3.ATENUANTES INOMINADAS.....	43
3.1-CONCEPÇÕES CLÁSSICAS.....	43
3.2-NOVAS CONCEPCÕES.....	46
3.3-ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS.....	50
CONCLUSÃO.....	57
BIBLIOGRAFIA.....	59

INTRODUÇÃO

O presente trabalho acadêmico está estruturado em três capítulos. O tema a ser abordado no primeiro é o regime de aplicação da pena, o segundo capítulo tratará sobre as fases de aplicação da pena, e por fim, no capítulo final a temática a ser desenvolvida versará a respeito das atenuantes inominadas.

No capítulo primeiro, em seu tópico inicial serão abordadas a responsabilidade penal e a sentença penal condenatória. Assim, será discutida neste primeiro momento a função da pena, suas características, bem como os aspectos formadores da sentença penal condenatória. Em um segundo momento ainda no primeiro capítulo foi analisado a divergência dos métodos de aplicação da pena, onde verificamos pensamentos contrários entre dois grandes doutrinadores do Direito Penal de nosso país. De um lado Nelson Hungria, defensor do modelo trifásico, e de outro Roberto Lyra sustentando o método bifásico. Para encerrar o primeiro capítulo analisar-se-á possibilidade ou não de aplicação da pena abaixo do mínimo legal, em razão do acusado possuir uma série de atenuantes.

O segundo capítulo é referente as fases de aplicação da pena. No primeiro tópico deste capítulo serão feita um estudo relativo à aplicação da pena-base, que deverá ser aplicada de acordo com o artigo 59 do Código Penal, são as circunstâncias judiciais que orientam a atuação do juiz nesta fase de aplicação da pena, informando-o sobre os aspectos importantes ao fazer a dosimetria da pena nessa etapa. Na segunda parte deste capítulo os temas desenvolvidos são as atenuantes e agravantes que estão presentes no código Penal e que deverão ser aplicadas pelo julgador na hora de sentenciar. No terceiro tópico a discussão acontece em torno das causas de aumento e de diminuição da pena, que é a última etapa a ser enfrentada pelo juiz na aplicação da pena, e que formará dessa maneira a pena definitiva do infrator.

O último capítulo vai abordar as atenuantes inominadas. Tema central dessa pesquisa. Primeiro analisaremos o posicionamento de doutrinadores clássicos e seus entendimentos a respeito da atenuante prevista no artigo 66 do Código Penal. No segundo momento as novas concepções de autores que possuem uma visão inovadora

deste dispositivo penal, como exemplo dessa inovação surge o princípio da co-culpabilidade, segundo o qual o Estado por não oportunizar iguais condições de fruição dos direitos sociais aos membros da comunidade deve ser assumir uma parcela de responsabilidade nos crimes que forem cometidos por aqueles que não tiveram seus direitos assegurados pelo ente estatal. No final serão analisadas as jurisprudências relativas as atenuantes inominadas.

Por fim, o método adotado no presente trabalho foi o método indutivo. A técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, juntamente com pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul.

1. REGIME DE APLICAÇÃO DA PENA.

1.1-RESPONSABILIDADE PENAL E SENTENÇA CONDENATÓRIA

Sanção penal é a medida com que o Estado reage contra violação da norma punitiva. É a resposta estatal ao sujeito que infringe uma norma incriminadora. Dentre as espécies de sanções penais que o estado dispõe para combater a criminalidade temos a pena e a medida de segurança¹.

Pena é a sanção afluiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração penal, visando à retribuição pelo cometimento de seu ilícito, consistente na diminuição do bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos. Apresenta como característica a retribuição, como ameaça de um mal contra o autor de uma infração penal. Tendo ainda a finalidade preventiva, com o fito de evitar novos delitos. Sendo esta prevenção dividida em duas classes. A primeira é a geral, onde o fim intimidativo da pena se dirige a todos os destinatários da norma penal, visa impedir que os membros da sociedade pratiquem a conduta criminosa. A segunda é a prevenção especial, que tem como foco o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo².

Ainda referente à finalidade das penas temos como principais três teorias: a absoluta, relativa ou utilitária e a mista ou unitária. A teoria absoluta preceitua que o fundamento basilar da pena é a retribuição justa do mal injusto cometido pelo criminoso. De acordo com essa teoria a pena não possui qualquer finalidade pratica. Não busca a recuperação social do criminoso, que é punido simplesmente porque cometeu o crime. A

¹ BARROS, Flavio Augusto Monteiro de: Direito Penal:v1 parte geral. 9ed. São Paulo: Saraiva 2011, p 445.

² JESUS, Damásio de. Direito Penal. Vol. 1: parte geral. 33. Ed. São Paulo: Saraiva.2012 p 563.

teoria relativa ou utilitária parte da premissa da razão da pena está na necessidade de segurança social, ou seja, de prevenção do crime. A pena tem uma dupla prevenção. A geral e a especial. Prevenção geral, haja vista a intimidação que se supõe alcançar através da ameaça que a pena impõe aos membros da sociedade. Prevenção especial, porque atua na consciência do sujeito infrator da lei penal, fazendo-o medir o mal que praticou, inibindo-o, através do sofrimento que lhe é inerente, a cometer novos delitos. Por fim, a teoria mista ou unitária segundo a qual a pena tem caráter retributivo-preventivo. Retributivo, porque consiste numa expiação do crime, imposta até mesmo aos delinquentes que não precisam de uma ressocialização. Preventivo, uma vez que vem acompanhada de uma finalidade prática, qual seja, a recuperação ou reeducação do criminoso, funcionando ainda como um fator de intimidação geral. Essa é a teoria adotada em nosso país³.

No que tange a finalidade da pena o Código Penal atual assumiu um posicionamento nítido ao afirmar que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime. Em sentido oposto ao código anterior que se limitava em fornecer os critérios determinantes na fixação da pena (art, 42) nada dispendo a respeito das finalidades das quais as penas deveriam perseguir. Além da função repressiva a pena deverá cumprir a finalidade preventiva, desencorajando ou intimidando aquele que pretenda iniciar na prática delituosa, bem como ressocializando o delinquente.⁴

A política criminal constitui um programa oficial de controle do crime e da criminalidade. No Brasil e nos países periféricos, a política criminal do Estado não inclui políticas públicas de empregos, salário digno, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou reduzir as condições sociais adversas da população que está marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade. Assim sendo, o que deveria ser uma política criminal positiva do Estado,

³ BARROS, Flavio Augusto Monteiro de: Direito Penal:v1 parte geral. 9ed. São Paulo: Saraiva 2011. P. 447-448.

⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 10 ed. Revista atual. São Paulo. Saraiva: 2009 p 194.

existe de fato como uma mera política penal negativa instituída pelo Código Penal e Leis Complementares. Sendo a definição de crime, a aplicação das penas e a execução penal, como níveis sucessíveis da política penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal.

O sistema penal na fase de elaboração das leis (criminalização primária) ou na fase de aplicação em concreto (criminalização secundária) seleciona a sua clientela, entre os grupos mais vulneráveis da sociedade, entre os miseráveis, enfim, reproduzindo as desigualdades sociais materiais.⁵

Contrário a essa perspectiva o garantismo penal busca estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Dessa forma o modelo garantista cria um instrumental prático teórico idôneo à tutela dos direitos individuais contra a irracionalidade dos poderes, sendo eles públicos ou privados. Assim sendo, em matéria penal, sequer por unanimidade pode um povo decidir ou consentir que um homem seja morto, ou mesmo seja privado sem culpa de sua liberdade⁶

Representa nesse sentido um elogio à racionalidade científica, a teoria garantista pressupõe o direito como única alternativa a violência dos delitos e das penas, as quais a existência somente se justificam quando percebidos como mecanismos de tutela do indivíduo contra formas públicas ou privadas da vingança. O direito penal e processual penal, vistos nesse diapasão como a defesa do mais fraco, que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o réu e na execução é o condenado⁷.

A sentença penal pode absolver o acusado da imputação de um ato criminoso, ou condena-lo a sanções penais aplicáveis ao fato imputado. Como regra, a sentença penal absolutória é fundamentada na exclusão do conceito de crime, por ausência do tipo do

⁵ QUEIROZ, Paulo. Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.17.

⁷ FERRAJOLLI, Luigi. “la pena in una società democratica.

injusto ou por ausência de culpabilidade, por exceção a sentença criminal absolutória pode ter como fundamento pressupostos relativos ao fato ou ao processo. Já a sentença criminal condenatória, de maneira diversa, tem como fundamento a existência do crime e observados seus pressupostos referentes ao fato e ao processo⁸.

A sentença criminal condenatória deve, portanto, do ponto de vista do Direito Penal, ter por fundamento a existência de crime na ação realizada ou omitida pelo acusado, tendo como conceito constituído de tipo injusto e de culpabilidade, além dos pressupostos relativos ao fato e ao processo penal. Esse fundamento material é necessário, mas não é suficiente para uma condenação penal, porque inúmeras ilegalidades ou nulidades, ligadas ao processo devido, como violações a preceitos constitucionais podem impedir a condenação. A natureza subsidiária do Direito Penal, concebido como instrumento de *ultima ratio* da política social, mostra que a sentença condenatória deve ser produto da exclusão de todas as hipóteses de absolvição do acusado por não caracterizar o fato como crime, por inexistência de pressupostos relativos ao fato e ao processo, ou por ausência de prova suficiente para a condenação. Além de levar em consideração ainda ilegalidades ou nulidades vinculadas ao devido processo legal, que poderão resultar na invalidação do processo e por consequência a não aplicação da pena⁹.

Até o final do século XVII era comum o juiz sentenciar sem fundamentar as suas decisões. A motivação dos atos judiciais passou a ser obrigatória somente em 1774, com Fernando IV na Pragmática, sendo orientação ao artigo 3 da Ordennance Criminale de Luis XVI em 1788, das leis revolucionárias de 1790 e da Constituição Francesa de 1795. Fica evidente que ao longo do século XIX o princípio foi inserido como um postulado básico no processo de codificação, e no século XX passou a adquirir status constitucional¹⁰.

⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012.

⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012.

¹⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.17.

Na evolução histórica das ideias penais predominou primariamente na justiça o arbítrio judicial, com a desigualdade de classes na punição, a desumanidade das penas, o sigilo dos processos os meios inquisitoriais, a imprecisão das leis, etc, até que, no século XVIII, viesse o iluminismo que iria conduzir a justiça ao polo oposto, exaltando o individualismo e combatendo o estado das coisas então reinante. O juiz passou agora a ser quase um automata na aplicação da pena. Uma vez que ela já era fixada em lei, dividida em graus, os quais o juiz ficava sujeito na elaboração da sentença. No Brasil, até o advento do código de 1940, predominou esta concepção, onde o magistrado ao aplicar a pena, estava jungido ao grau máximo, mínimo, médio, pouco ou nada restando ao seu subjetivismo. No entanto, com a reforma de 1984, na aplicação da pena foi dada uma certa latitude ao juiz, não somente em relação as quantidades, mas também no que concerne as escolhas das penas alternativas cominadas, a faculdade de aplicar cumulativamente penas de espécies diversas e deixar de aplicar qualquer uma das cominadas¹¹.

O Código de Processo Penal em seu artigo 81 preceitua que a sentença conterà a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão¹². Já o artigo 93 da Constituição Federal de 1988, estabelece que todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, sendo fundamentadas todas as decisões, sob pena da nulidade¹³.

É pela motivação que é possível verificar se o julgador julgou com conhecimento de causa, podendo observar se a sua convicção é legítima e não arbitrária, haja vista que interessa a sociedade e em especial as partes saber se a decisão do juiz foi acertada ou não. E, somente com a exigência da motivação, da fundamentação se permitira à sociedade e as partes a fiscalização da atividade intelectual do magistrado no caso concreto¹⁴. Logo verificamos que se trata de uma imposição do principio do devido processo legal em que se procura a exteriorização das razões de decidir,

¹¹ NORONHA, Eduardo Magalhaes. Direito Pena, vol. 1: introdução a parte geral. São Paulo: Rideel, 2009. P. 248.

¹² BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 10 Out. 2014

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 10 Out 2014.

¹⁴ FAYET, Ney. A sentença criminal e suas nulidades. 5 ed. Rio de Janeiro: Aiede, 1987.

revelando o ângulo pelo qual o poder judiciário observou o fato e sua interpretação legal, visto que do ponto de vista jurídico a motivação é muito importante, uma vez que viabiliza aferir a vinculação do juiz com as provas¹⁵.

1.2-AS FASES DE APLICAÇÃO DA PENA: DIVERGÊNCIAS ENTRE OS MÉTODOS BINÁRIO E TERNÁRIO.

Antes da alteração introduzida pela lei n 7.209, de 1984, havia uma divergência relativa a dois modos de aplicação da pena que o juiz deveria usar no caso concreto. O método trifásico defendido por Nelson Hungria, e o bifásico que tinha como principal doutrinador Roberto Lyra¹⁶.

Roberto Lyra defendia que a fixação da pena deveria ser efetuada em dois estágios. No primeiro o julgador deveria examinar globalmente as circunstâncias judiciais do artigo 42 e as circunstâncias legais genéricas (agravantes e atenuantes elencadas nos artigos 44,45, e 48 da anterior parte geral) estabelecendo, assim, a pena base. No segundo momento, faria incidir sobre a pena-base às causas de aumento e de diminuição da pena existente¹⁷.

Lyra, portanto defende que as circunstâncias agravantes e atenuantes devem ser analisadas em conjunto com as circunstâncias do artigo 59 para fixar a pena-base. Apenas após esta primeira fase o juiz irá analisar as causas de aumento e de diminuição. A fundamentação para este posicionamento consiste na coincidência das circunstâncias judiciais com as legais, não havendo razões sólidas para separá-las. No juízo que o magistrado formula ao apreciar os elementos apontados no artigo 59, quando analisado em bloco com todas as circunstâncias do crime é mais racional, é

¹⁵ PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

¹⁶ TRENTO, Ciro. Pena abaixo do mínimo legal. Porto Alegre; WS editor, 2003.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e Suas Interpretações. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V.I. p 1232.

também mais indicado para a individualização judiciária da pena. Outro ponto favorável ao modelo bifásico seria o de que as circunstâncias legais não estabelecem cálculo a efetuar, como sucede com as causas de aumento e de diminuição da pena. Além disso, o artigo 59 preceitua que o juiz considere as circunstâncias objetivas e subjetivas, a gravidade do crime, e a personalidade do delinquente, para escolher e fixar a pena-base. Assim sendo seria muito mais aconselhável que ele tenha uma visão completa e panorâmica desses elementos, do que se basear em aspectos fragmentários que só se completarão depois num segundo exame. E dessa forma o diagnóstico e prognóstico sobre a personalidade do delinquente ficara mais perfeito se resultar de um exame conjunto das circunstâncias legais e judiciais de caráter subjetivo¹⁸.

Na segunda hipótese para o desenvolvimento do cálculo da pena Nelson Hungria afirmava que o juiz deveria considerar primeiro as circunstâncias judiciais do artigo 42 (hoje artigo 59), para poder fixar a pena-base. Numa segunda etapa proceder as agravações ou atenuações diante da presença eventual de causas agravantes ou atenuantes. Por último, na terceira fase, faria incidir sobre a pena provisória os aumentos e as diminuições determinados pela majorantes e pela minorantes¹⁹.

O método trifásico permite ao acusado conhecer a quantidade de pena atribuída às circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas. Nesse sentido o réu tem o direito de saber qual foi o valor que o juiz atribuiu às circunstâncias legais presentes no caso, assim ele tem o direito de saber o porquê de ter recebido a sua pena e não um outra qualquer²⁰.

As atividades referentes ao método trifásico pressupõem a consideração explícita de todas as circunstâncias próprias de cada fase que possa influir na dosimetria da pena da pena-base, provisórias ou definitivas. A violação do dever de fundamentar a sua decisão (inciso IX do art. 93 CF/88) implica nulidade insanável da parte viciada da

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150

¹⁹ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 174.

²⁰ FRAGOSO, Claudio. Lições de Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1987. P.340

sentença. Assim torna-se imperiosa a necessidade do magistrado fundamentar a decisão proferida nas respectivas etapas da individualização penal²¹.

Com o mesmo teor e englobando as ideias dos parágrafos acima, inclina-se a jurisprudência:

“ A fixação da pena, que se desdobra em várias fases (artigo 68, CP), deve ser fundamentada. Obedecendo os parâmetros previamente estabelecidos pela lei, o magistrado há de optar por um redutor. Forçosamente terá que motivar o percentual adotado, porquanto as partes tem o direito de conhecer o critério para que, em grau de apelação tenham elementos para ataca-lo”²²

Diante da nova sistemática da legislação penal vigente no Brasil, a divergência entre Nelson Hungria e Roberto Lyra a respeito da utilização do método bifásico ou trifásico está superada, tendo inclusive manifestação do STJ a respeito da matéria:

“O Código Penal, com a alteração introduzida pela lei n 7209, de 1984, determina que a fixação da pena obedeça a três parâmetros: 1) circunstâncias judiciais do art. 59, com vistas a pena-base; circunstâncias legais que são as agravante e as atenuantes(arts. 61,62 e 65) e 3) causa de diminuição ou aumento da pena, previstos na parte geral do código (tentativa, concurso forma, etc) e na parte especial (utilização de arma no roubo, concurso de duas ou mais pessoas, furto privilegiado, etc)”²³.

A Reforma Penal de 1984, procurando resolver a disputa em relação à aplicação da pena, adotou, de maneira explícita o sistema trifásico, colocando um ponto final nas divergências doutrinárias e aos posicionamentos de Roberto Lyra e Nelson Hungria, sendo que o primeiro, que adotava o sistema bifásico, hoje repellido de forma expressa pela nossa legislação.²⁴

²¹ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 182.

²² TACRIM-SP, rel. Silva Pinto, in: BMJ 84/9 e RDJ 6/121.

²³ STJ, HC 9882, 6a Turma, rel. Min. Fernando Goçaves, DJU 23.08.1999.

²⁴ KUEHNE, Maurício. Teoria e Prática da Aplicação da Pena 2.ed. Curitiba: Juriá, 1998. P. 149.

1.3-POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

Tema bastante polêmico na doutrina e jurisprudência é a possibilidade ou não da diminuição da pena abaixo do mínimo legal. Sendo que a doutrina e a jurisprudência dominante entendem que, na segunda fase de aplicação da pena, ao se verificar a presença de circunstâncias atenuantes, ainda assim o juiz não pode descer a pena aquém do mínimo abstratizado no tipo penal²⁵.

Como grande argumento dessa impossibilidade de redução da pena para aquém do mínimo, jurisprudência e doutrina majoritária alegam que caso fosse possível essa redução iria ocasionar uma violação do princípio da legalidade, já que o juiz não pode fixar uma pena além dos patamares entre o mínimo e o máximo é o que se extrai das jurisprudências abaixo:

“Tanto as circunstancias judiciais (art. 59, CP) como as legais (agravantes/atenuantes), em sua mensuração, devem respeitar o limite mínimo e máximo, expresso no preceito secundário, vez que seu quantum vem a ser traçado de acordo com a discricionariedade do magistrado, que necessariamente deve observar os limites legais, até porque não pode ser aplicada pena que não esteja abstratamente considerada sob pena de infringência ao princípio da reserva legal expresso na Constituição Federal , bem como no art. 1º, 2ª parte do Codex”.²⁶

Nessa mesma linha de raciocínio temos o julgamento de apelação crime no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

²⁵ TRENTO, Ciro. Pena abaixo do mínimo legal. Porto Alegre; WS editor, 2003. P. 99.

²⁶ STJ, REsp. nº 46.182/DF, rel. Min. Jesus Costa Lima, DJU 16.05.1994.

“Pena-base. Menoridade e Causa de Aumento. Fixação da Pena. Critérios. O sistema adotado pelo Código Penal impede que, estabelecida a pena-base consideradas as circunstâncias judiciais, existindo circunstância atenuante, o juiz diminua a pena abaixo do estabelecido em lei. Portanto, fixada a pena-base no mínimo legal, mesmo levando em conta a menoridade do réu, a pena não pode ser reduzida para uma quantidade inferior ao mínimo abstratamente considerado. É que as circunstâncias legais influem sobre o resultado a que se chega na primeira fase, cujos limites, mínimo e máximo, não podem ser ultrapassados.”²⁷

Ainda é reforçada a posição majoritária pela Sumula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça-STJ. Que em 22.09.1999, sumulou a infeliz decisão, ao arrepio da lei que preceitua o seguinte “incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal”. Assim, notamos o quão perigosa é a Súmula Vinculante, uma vez que ao adotá-la o juiz esta violando princípios elementares do Direito Penal.²⁸

Infelizmente temos em nossa jurisprudência julgadores que apenas fazem as suas palavras o enunciado da Súmula, como neste: “Apelação Criminal. Pena-base. Incidência da Súmula 231, STJ, não podendo a pena, frente a incidência da circunstância atenuante, ser fixada abaixo do mínimo cominado.”²⁹

O processo de individualização judicial da pena está previsto no artigo 68 do Código penal, *in verbis* “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do artigo 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último as causas de aumento e de diminuição”. O artigo 65 do Código ainda preceitua “são circunstâncias que sempre atenuam a pena”. Logo se no caso em tela estiver presente alguma causa modificativa, pela análise das disposições legais é obrigatória a sua incidência. Assim, se fixada a pena no mínimo legal e se, quando

²⁷ TJRS, Ap. Crime nº 70000670109, Câmara Especial Crimina, rel. Desª Rosa Terezinha Silva Rodrigues, j. 16/03/2000.

²⁸ TRENTO, Ciro. Pena abaixo do mínimo legal. Porto Alegre; WS editor, 2003. P.108.

²⁹ TJRS, Ap. Crime nº 70000638494, 3ª CCrim., rel. Des. Jose Eugenio Tedesco, J. 10/02/2000.

verificada uma atenuante, está causa de modificação da pena deve ser valorada pelo magistrado, sob pena de violação do próprio ordenamento penal vigente e do princípio da legalidade, uma vez que conforme o dispositivo já citado acima, sua aplicação é imperativa. Trata-se de norma cogente, a qual o magistrado é obrigado a analisar e valorar, mesmo que a pena final seja aplicada abaixo do mínimo cominado.³⁰

Um dos argumentos usados para a não aplicar a pena abaixo do mínimo legal seria o de que o juiz teria uma liberdade excessiva, agredindo dessa forma o princípio da individualização da pena, no entanto ao não aplica-la é que acontece esta agressão conforme notamos no argumento do Desembargador Carlos Roberto Lofego Caníbal:

“[...] a situação é exatamente a oposta: advoga-se que as atenuantes podem chegar aquém do mínimo, porque se ambiciona que, realmente, a pena possa ser fixada em atenção ao princípio norteador da isonomia. Aliás, a impossibilidade é que gera agressão ao princípio da individualização, porque obriga o julgador, muitas vezes, a estabelecer pena-base superior aquela que o agente tem direito para, então, fazer incidir a atenuante dentro do mínimo. E tal é ainda, mais agressivo em pluralidade de réus, quando todos merecem pena mínima e o julgador se obriga a fixar para alguns pena indevida para poder aplicar a atenuante ‘aquela que eventualmente mereça’. Assim, exige-se ‘malabarismo retórico’ ou o que é pior agressão ao valor justiça.”³¹

Outro argumento contrário à aplicação da pena abaixo do mínimo legal seria o de que o arbítrio concedido ao julgador iria retirar a mínima segurança punitiva, o que não deixa de ser mais uma falácia, pois os limites para a aplicação abaixo do mínimo legal estão disciplinados no próprio Código Penal. Não devemos falar então em arbítrio ou em violação ao princípio da segurança jurídica.³²

Ainda reforçando a manutenção da segurança punitiva, o Desembargador Carlos Roberto esclarece:

³⁰ TRENTO, Ciro. Pena abaixo do mínimo legal. Porto Alegre; WS editor, 2003. P.101.

³¹ TJRS, Apelação Crime nº 699027488, Câmara de Férias Criminal, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Caníbal, J. 28.04.1999

³² TRENTO, Ciro. Pena abaixo do mínimo legal. Porto Alegre; WS editor, 2003. P.101.

“Parece que a manutenção da orientação majoritária a respeito de não poderem as atenuantes trazerem a pena para alguém do mínimo está centrada numa preocupação de ‘segurança’. ‘Segurança’ essa que advém da falsa ideia de que assim tomada a premissa, sabe-se de antemão equívocos jurisdicionais, excessos, etc.”³³

Antes da reforma penal de 1984 era indiscutível na doutrina e na jurisprudência que as circunstâncias atenuantes não tinham força para fazer ultrapassar a pena para alguém do mínimo legal. Entretanto, com a pós-reforma, nada impede, do ponto de vista legal, que a pena seja aplicada abaixo do mínimo legal.³⁴

Podemos notar ainda esse posicionamento nas palavras do Desembargador Carlos Roberto Lofego canibal:

“Portanto, há que se fazer uma releitura das disposições constitucionais atuais vigentes, conjugando-as às normas infraconstitucionais respeitantes a individualização da pena no que diz com esta e a incidência de atenuante que traga a pena alguém do mínimo por força de mandamento constitucional e legal inferior como o que está em tema. Até porque não há qualquer norma que proíba a incidência de tal atenuante, trazendo esta a pena para alguém do mínimo legalmente cominado, no nosso ordenamento jurídico vigente, muito embora boa parte da doutrina e jurisprudência continue adotando o entendimento desta impossibilidade”

A analogia só tem relevância no Direito Penal quando usada para favorecer o reu (*in bonam partem*). Uma vez verificada que a diminuição da pena para alguém do mínimo legal não ofende ao princípio da legalidade, pelo contrario observa-lhe, juntamente com outros princípios elementares. No entanto, deve o magistrado buscar

³³ TRF 3ª Região, Emb. Inf. nº 97.030208880-0/SP, rel. Des.Manoel Álvares, DJU 14.04.2001.

³⁴ TUBENCHLAK, James. Atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 312, 1990.

um patamar de partida, no qual possa fixar a pena abaixo do mínimo legal em conformidade com o sistema vigente.³⁵

No que concerne à omissão do quantitativo que pode ser diminuído, deve-se aplicar a analogia. E, com relação a estabelecer quais os limites que o magistrado detém, bem observa Miguel Loebmann: "a parte final do artigo 21, o &1º do artigo 2, o &1º do artigo 121 e o &4º do artigo 129, são sem duvida, diante do que foi analisado, balizas suficientes para a aplicação deste preceito."³⁶

³⁵ TRENTO, Ciro. Pena abaixo do mínimo legal. Porto Alegre; WS editor, 2003. P.104.

³⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. Atenuantes (em especial da confissão)-Pena Aquém do Mínimo: uma abordagem. Instituto de Direito, Rio de Janeiro, v. II, 1996.

2. AS FASES DE APLICAÇÃO DA PENA

2.1-PRIMEIRA FASE: DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

O artigo 59 do Código Penal descreve a primeira fase de aplicação da pena, elencando os critérios que o julgador deverá levar em consideração para encontrar a pena-base:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível³⁷.

Ao analisar esses critérios o juiz define a pena-base, ou seja, aquela que atua como ponto de partida, como parâmetro para as operações que se seguirão. A pena-base corresponde dessa maneira a pena inicial fixada em concreto, dentro dos limites estabelecidos a priori na lei penal, para que, sobre ela, incidam por cascatas as diminuições e os aumentos decorrentes das agravantes, atenuantes, majorantes ou minorantes.³⁸

Nas diretrizes de fixação da pena base, o artigo 59 conservou a anterior ao elencar como critérios de aplicação da pena: os antecedentes, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime. Porém trouxe inovação ao introduzir o comportamento da vítima como um critério para aplicação da pena base. Substituiu a

³⁷ BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Out. 2014. BRASIL. CÓDIGO PENAL.

³⁸ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 188.

expressão “intensidade do dolo ou grau de culpa” pela palavra “culpabilidade”, uma vez que graduável a censura cujo índice, maior ou menor incide na quantidade da pena a ser aplicada. E desdobrou os antecedentes do agente em antecedentes propriamente ditos e na conduta social³⁹.

As circunstâncias judiciais, que estão 59 do Código Penal, são objetos do arbítrio exclusivo do juiz e compreendem os elementos do agente (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade e motivos), do fato (circunstâncias e consequências do crime) e da vítima (comportamento da vítima)⁴⁰.

A culpabilidade constitui circunstância judicial introduzida pela reforma penal de 1984, em substituição a expressão “intensidade de dolo, ou grau de culpa”, da lei anterior, porém em posição incômoda, haja vista a culpabilidade do autor pela realização do tipo do injusto não ser um mero elemento informador do juízo de reprovação, mas o próprio juízo de reprovação pela realização do injusto penal, cujos fundamentos são a imputabilidade, a consciência do injusto e a exigibilidade de comportamento diverso. Assim a inclusão da culpabilidade como juízo de reprovação constitui uma impropriedade metodológica, porque o juízo de culpabilidade, como elemento do conceito de crime não pode ser, ao mesmo tempo, simples circunstância judicial de informação do juízo de culpabilidade⁴¹.

Estando em primeiro lugar no corpo do artigo 59 do Código Penal, a culpabilidade com o sentido de reprovação ou de censura, não é outra, e sim a mesma culpabilidade que fundamenta o juízo de condenação. Assim sendo em toda declaração sentencial de procedência da denúncia ou queixa há necessariamente uma declaração de existência da culpabilidade, que, nos termos do artigo 59 precisa ser graduada para poder projetar o quantum da pena correspondente a essa graduação⁴².

³⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal. 10 ed. Revista atual. São Paulo. Saraiva: 2009.

⁴⁰ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Forense, 1995.

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012 p. 517.

⁴² BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 192.

A culpabilidade, segundo a dogmática jurídico-penal, é um juízo de reprovabilidade imposto ao indivíduo pela realização de um injusto penal.⁴³ Fragoso entende que a culpabilidade é caracterizada pela reprovação da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem a capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas circunstâncias em que o fato aconteceu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigido comportamento que se ajuste ao direito.⁴⁴

É importante salientar que a culpabilidade em questão diz respeito à reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de livre-arbítrio, e esta não pode ser confundida como um juízo de censura moral, invariavelmente abandona-se a perspectiva garantista para vincular sua aplicabilidade não à capacidade de autodeterminação do agente, mas ao julgamento ético do autor, legitimando assim, uma anomalia jurídica que é a culpabilidade de caráter vinculada à periculosidade do indivíduo. Assim ao invés julgar a culpabilidade do fato, o juiz acaba examinando a culpabilidade do autor.⁴⁵

O segundo critério a ser levado em consideração pelo legislador na primeira fase de aplicação da pena diz respeito aos antecedentes criminais. Na visão de Santos, os antecedentes são acontecimentos anteriores ao fato, relevantes como indicadores de fatos positivos ou negativos da vida do autor. Nessa matéria a prática judicial brasileira adotava duas posições. A primeira, uma posição repressiva que considerava maus antecedentes a existência de inquéritos instaurados, de processos criminais em curso, de absolvição por insuficiência de provas, de extinção do processo por prescrição abstrata, retroativa ou intercorrente e de condenação criminal sem trânsito em julgado ou que não constitua reincidência criminal. A segunda posição é uma posição crítica utilizada atualmente que considera antecedentes somente condenações criminais anteriores definitivas que não configurassem a reincidência criminal, excluindo desta forma todas as outras hipóteses.⁴⁶

⁴³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.36.

⁴⁴ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, 2ªed. , vol. II. Bushatsky, 1962.

⁴⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.36.

⁴⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 520.

Na prática judicial as características da antecedência criminal são: a amplitude, a negatividade, a subjetividade, a relatividade e a perpetuidade. Amplo, porque qualquer fato pretérito, pode em tese ser levado em consideração pelo juiz para a majoração da pena; Negativo, porque revela a tendência judicial de considerar apenas os maus antecedentes, sendo excluídos todos os fatos “nobres”; Subjetivo, uma vez que é o julgador que os seleciona arbitrariamente; Relativos, visto que são basicamente os registros policiais e civis a serem considerados e ainda são perpétuos, porque diferentemente da reincidência não sofrem qualquer limitação temporal.⁴⁷

Adauto Suannes defende que somente a condenação criminal definitiva anterior ao fato ora em julgamento poderia ser levada em consideração pelo magistrado ao cogitar dos chamados maus antecedentes. Assim sendo, apenas as condenações anteriores que não configurem a reincidência poderiam ser valoradas negativamente, visto que qualquer outra consideração a título de antecedentes será considerada inconstitucional, por afrontar aos princípios constitucionais, que impedem a alteração *in pejus* do julgamento criminal, sem prejuízo de prova concreta de ocorrência de mau antecedente social.⁴⁸

Hoje o critério da posição crítica foi assumido pela Súmula nº444 do Superior Tribunal de Justiça, que assim diz: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais para agravar a pena-base”

Outro aspecto analisado pelo juiz na fixação da pena-base é a conduta social. Que é na visão de Nucci o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança dentre outros, o autor prefere incluir a expressão inserção social, haja vista ser o ambiente o qual está inserido capaz de determinar a justa medida para a sua reprovação. O magistrado precisa conhecer a pessoa que está julgando, um péssimo pai ou marido violento, merece uma reprimenda maior em caso de condenação por lesão corporal grave, por exemplo.⁴⁹

⁴⁷ BISSOLI FILHO, Francisco. Estigmas da Crimiinalização: Dos Antecedentes à Reincidência Criminal. Florianópolis: Cultura Jurídica, 1998.

⁴⁸ SUANNES, Adauto. Os fundamentos Éticos do Devido Processo Penal. São Paulo: RT, 1999.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.

Cada indivíduo possui um modo próprio de viver e de se relacionar com os outros. Existem pessoas trabalhadoras e os vadios, os caridosos, os colaboradores, os omissos. Esses aspectos constituem parâmetros dos motivos que levaram a pessoa a delinquir. A valoração é em relação à sociedade a qual o cidadão está integrado, sem dúvida um indivíduo que habite uma favela em paz e amizade com os vizinhos não pode receber uma valoração negativa, só por que o juiz por razões ideológicas entende que nas cidades existem “ambientes mais sadios para o desenvolvimento das relações sociais”.⁵⁰

A consideração da conduta social na dosimetria da pena representa o alinhamento do nosso Direito com a culpabilidade pelos fatos da vida, sendo esta muito contestada nos dias de hoje, haja vista que o julgador deveria se atentar aos fatos do crime em si.⁵¹

A personalidade é outro aspecto que define a pena-base. Definir a personalidade não é uma tarefa fácil como pode parecer. Para os juízes é uma questão muito tormentosa, porque ele não domina os conteúdos de psicologia, psiquiatria, antropologia, e porque possui como todo indivíduo a sua própria personalidade. Por isso, presenciamos diariamente valorações da personalidade do acusado realizadas de forma precária, superficiais, incompletas, imprecisas e afirmações genéricas do tipo: ‘personalidade ajustada’, ‘desajustada’, ‘agressiva’, ‘impulsiva’, ‘boa’ ou ‘má’, que do ponto de vista técnico nada dizem.⁵²

Verifica-se dessa forma, que a noção de personalidade do acusado normalmente auferida pelo magistrado padece de profunda anemia significativa, conformando o substrato de decisões infundadas, sem o mínimo controle técnico, ferindo dessa forma o princípio da ampla defesa.⁵³

⁵⁰ GALVÃO, Fernando. A Culpabilidade Como Fundamento da Responsabilidade Penal. São Paulo. RT, 1994.

⁵¹ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 206.

⁵² BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 192.

⁵³ OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Fatores Subjetivos na mediação da Pena: Uma abordagem Crítica. Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para a obtenção do título de mestre. Porto Alegre. 1999.

A personalidade é definida como qualidades morais, a boa ou a má índole do delinquente, o sentido moral do criminoso, assim como sua agressividade e o antagonismo contra a ordem social inerente a seu temperamento.⁵⁴

Assim sendo, mesmo que fosse possível ao julgador estabelecer um juízo a respeito da personalidade do autor, fato este que não seria uma tarefa fácil, devido à formação do operador jurídico. O problema agora é que mesmo se tivesse condições esta avaliação seria ilegítima, sob o prisma de um direito penal de garantias balizado pelo princípio da secularização. Haja vista estar esse juízo assentado em valoração estritamente moral sobre o ser do acusado.⁵⁵

Os motivos designa o aspecto dinâmico das pulsões dos instintuais do id, atualizadas em estímulos internos determinados de egoísmo, cólera, prepotência, luxúria, ganância, cobiça, vingança, avidez, etc., que conferem qualidades negativas a conduta, ou ainda, revolta contra injustiça, gratidão, sentimento de honra, etc., que conferem uma qualidade positiva para a conduta.⁵⁶

Os motivos podem aparecer na moldura penal como qualificadoras, ou ainda como causas legais de agravação ou de exasperação. Exemplos: o motivo fútil esta previsto no Código Penal como uma agravante genérica (art. 61, II, “a”), e também como circunstância qualificadora do homicídio (art. 121, &2º,II). Estando caracterizados como qualificadora, os motivos atuam para reposicionar o juiz diante das novas margens cominadas no tipo derivado e, desse modo, por esgotamento de função, não mais poderão ser invocados em qualquer fase do modelo trifásico.⁵⁷

Os elementos de orientação judicial relativos ao fato estão previstos normalmente como circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas, mas o juízo de reprovação pode ser informado por outras particularidades do fato não previstas como circunstâncias agravantes ou atenuantes.⁵⁸

⁵⁴ MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral. 13ªed. São Paulo: Atlas, 1998.

⁵⁵ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.36.

⁵⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 520.

⁵⁷ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 214.

⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 520.

Com a incorporação legal do critério trifásico de aplicação da pena (art. 68 CP) foi resolvida a controvérsia sobre o conteúdo das circunstâncias judiciais do art.59 do CP, porque ocorre a diferença das genéricas circunstâncias agravantes e atenuantes (arts. 61 e 65), tendo como conteúdo, por exemplo, o lugar do fato, o modo de execução do fato, as relações do autor com a vítima etc., que podem influir na formação da pena-base.⁵⁹

São circunstâncias influenciadoras da aplicação da pena básicas todas as singularidades propriamente ditas do fato e que ao julgador cabe ponderar para abrandar ou exasperar o rigor da censura. Assim, por exemplo, quem vai a um velório para prantear a morte de um amigo e, nesse momento de dor, aproveitando do descuido da família subtrai algo da casa, age no plano dos fatos, com visível vantagem sobre a vítima, que do ponto de vista moral, em circunstâncias extremamente desfavoráveis, que justificam a determinação do aumento da pena.⁶⁰

As consequências do fato criminoso são os males causados pelo crime que transcendem o resultado típico. É lógico que em um homicídio, em decorrência da morte de alguém uma pessoa pode ficar viúva ou órfã. No entanto, é diferente de um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, gerando neles um trauma sem precedentes, neste caso o autor precisa ser mais severamente apenado, uma vez que se trata de uma consequência não natural do delito.⁶¹

As consequências do fato aqui levadas em consideração são aquelas que designam outros resultados de natureza pessoal, afetiva, moral, social, econômica ou política produzidas pelo crime, dotados de significação para o juízo de reprovação, porém inconfundíveis com o resultado do próprio tipo do crime.⁶²

A vítima é a titular do bem jurídico lesionado, ela contribui necessariamente para a existência do crime: afinal, o fato punível é realizado por um sujeito ativo contra um sujeito passivo. No entanto, a orientação judicial relativa ao comportamento da vítima

⁵⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Forense, 1995. p. 92.

⁶⁰ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 216.

⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 190.

⁶² SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 526.

está limitada às hipóteses de contribuição efetiva (consciente ou inconsciente) da vítima para a realização do crime, reduzindo ou excluindo o tipo de injusto ou a reprovação ao autor, mediante provocação, estímulo, negligência ou facilitação.⁶³

2.2-SEGUNDA FASE: CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

As agravantes e atenuantes são caracterizadas como circunstâncias legais, genéricas, taxativas e obrigatórias. São legais, porque devem estar expressas na lei, como ocorre nos artigos 61 a 65 do Código Penal, exceto as atenuantes inominadas, do artigo 66 do Código, sendo que essa possibilita que a pena seja abrandada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, ainda que não prevista em lei; são genéricas, uma vez que molduram as penas de todos os fatos ilícitos; são taxativas, já que em decorrência do princípio da legalidade não comportam ampliação ou extensão, salvo as atenuantes inominadas e, por fim, são obrigatórias, porque sempre atuarão, exceto quando constituírem ou qualificarem o crime. Portanto, no infanticídio, criança é elemento do tipo. A futilidade do motivo atua no homicídio como uma qualificadora. Nestes dois exemplos, o princípio do *ne bis in idem* proíbe o juiz de realizar a dupla valoração.⁶⁴

No que concerne as agravantes genéricas a lei penal brasileira as define da seguinte forma:

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

⁶³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 527.

⁶⁴ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 214.

- a) por motivo fútil ou torpe;
- b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;
- c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;
- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.⁶⁵

De acordo com o artigo 63 do Código Penal, a reincidência é verificada quando o agente comete um novo crime, depois de transitar em julgado a sentena que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Notamos que o Código Penal não define o que   reincidência, apenas indica as condioes de sua verificaao. A regra do artigo 64, do Código Penal estabelece que o efeito da reincidência opera quando existe, entre a data do cumprimento ou extinao da pena e a infraao posterior, lapso temporal inferior a cinco anos.⁶⁶

Fica evidente que a reincidência só se explica nas abordagens jurídico-penais, na medida em que se abandona o direito penal do ato, embora às vezes mesmo nestas

⁶⁵ BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 16 Out. 2014.

⁶⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicaao da Pena e Garantismo. Rio de janeiro Lumen Juris.2001, p.55.

condições a explicação se mostre coerente. Ao contrário as tentativas de explicá-la dentro dos limites de um direito penal do ato são todas insatisfatórias.⁶⁷

Sem dúvidas que o instituto da reincidência e dos antecedentes mostra algumas das maiores máculas ao modelo penal garantista. Sendo evidentemente incompatível com o Estado Democrático de Direito, principalmente pelo seu conteúdo estigmatizante que divide os indivíduos em “aqueles que aprendem a viver em sociedade” e “aqueles que não aprendem e insistem a continuar delinquindo.”⁶⁸No mesmo sentido Candido Furtado Maia Neto, confronta a reincidência com o modelo garantista e, afirma ser o instituto da reincidência polêmico e incompatível com os princípios reitores do direito penal democrático e humanitário, uma vez que a reincidência na forma de agravante criminal configura um ‘plus’ para a condenação anterior já transitada em julgado. Logo, quando o juiz agrava a pena posterior, está na verdade aumentando o quantum da pena do delito anterior.⁶⁹

Ao constatar a ação criminógena do cárcere e ação deformadora da prisão sobre o apenado, nota-se a ineficácia da prevenção especial que reduz execução penal ao terror retributivo. Assim sendo, a pena criminal não tem eficácia preventiva, mas ao contrário possui eficácia invertida pela ação criminógena exercida, então a reincidência criminal não pode constituir uma circunstância agravante. É necessário ainda reconhecer, caso um novo crime seja cometido após o efetivo cumprimento da pena, o processo de deformação e embrutecimento pessoal do sistema penitenciário, devendo a reincidência ser incluída no rol das atenuantes.⁷⁰

Os motivos do fato punível, como estímulos internos que realizam os aspectos dinâmicos das pulsões do id são destacados pelo legislador nos extremos de irrelevância absoluta e de reprovação máxima. O motivo fútil designa a natureza

⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário, in livro de Estudos Jurídicos (06). Bustamante, Ricardo & Tubenchlak, James (coords.) Rio de Janeiro: IEJ, 1993.

⁶⁸ STRECK, Lênio. Tribunal do Júri – símbolos e Rituais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 1988.

⁶⁹ MAIA NETO, Candido Furtado. Direitos Humanos do Preso. São Paulo. Saraiva: 1999.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 531.

irrelevante para explicar o fato criminoso, equiparado com a ausência de motivo (homicídio ou lesão corporal grave determinado por pequenas pilhérias ou ofensas). Já o motivo torpe indica um aspecto mais reprovável do fato criminoso, caracterizado pela natureza repugnante, repulsiva ou abjeta do estímulo do crime, capaz de produzir repúdio generalizado (homicídio mercenário, ou praticado para a satisfação de taras sexuais).⁷¹

Na agravante facilitação ou asseguramento da execução, a ocultação da impunidade ou vantagem de outro crime, pressupõem crime anterior, concomitante ou posterior reconhecida a agravante desde que ela tenha sido cometida para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, impunidade ou a vantagem do outro. Há entre os crimes uma relação de conexidade, de modo que um dos crimes se apresenta como crime-fim e o outro como crime-meio.⁷²

Na traição, emboscada, dissimulação ou outro recurso que dificulte ou impossibilite a defesa da vítima são situações indicadas como circunstâncias agravantes que exprimem o modo de execução de fatos puníveis que excluem ou reduzem as possibilidades de defesa da vítima. A traição corresponde a toda forma de violação da confiança, como a deslealdade, a perfídia, a aleivosia, etc. A emboscada designa a ocultação do autor em determinados locais para surpreender a vítima. A dissimulação define comportamentos marcados pelo disfarce ou encobrimento das intenções reais.⁷³

A agravante do inciso II, alínea d, emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel de que possa resultar perigo comum. Nesta alínea o legislador especifica os meios considerados insidiosos ou cruéis (veneno, fogo, explosivo, tortura) à prática de crimes, e por fim possibilitou a interpretação extensiva para outros meios equiparáveis a estes. Meio insidioso é aquele capaz de ocultar a danosidade da conduta do agente. Meio cruel é caracterizado como o aquele que gera um sofrimento

⁷¹ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal (parte geral). Forense, 2003. p. 420.

⁷² BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 254.

⁷³ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Forense, 1995. p. 420.

intenso na vítima. A tortura corresponde ao ato de infligir na vítima um intenso sofrimento físico ou mental, definida hoje como crime hediondo.⁷⁴

Ao analisar a circunstância contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, notamos que a agravante tem por objeto a relação de parentesco natural entre ascendente, descendentes e irmãos, por um lado, e a relação de casamento civil entre os cônjuges, por outro lado. No que diz respeito a relação de parentesco esta é pautada pela consanguinidade, com a exclusão de outras formas de parentesco civil, como a adoção, por exemplo, porque a legalidade penal proíbe a analogia *in malam partem*. Quanto aos vínculos entre os cônjuges fundamentam-se no casamento civil, com exclusão de outras formas de união estável, como companheiros, amasios e concubinos, também devido a exclusão da analogia *in malam partem*.⁷⁵

Na alínea f, o abuso corresponde ao uso indevido, é usar mal, no caso, a autoridade que possui, seja de natureza particular ou pública, desde que não compreenda na alínea seguinte. Relações domésticas são estabelecidas entre os componentes de uma mesma família, entre patrões e empregados, professores e amigos da casa. A coabitação importa convivência sob o mesmo teto, ainda que por pouco tempo. Diferente é a hospitalidade (em regra passageira ou momentânea). A agravante tem como fundamento uma maior facilidade para o cometimento da prática delituosa, como também em situações que traduzem confiança, amizade, frequência, convivência, etc., que exigem uma maior consideração ou cautela.⁷⁶

Nos casos referentes à alínea h, considera-se cargo público o lugar instituído na organização do funcionalismo, com denominação própria, atribuições específicas, para ser provido e exercido por um titular, na forma da lei. Ofício é a atividade pública autorizada a quem não detém cargo público, como a dos leiloeiros oficiais. Equivale a uma atividade pública essencialmente provisória, devido a transitoriedade do serviço. Ministério é a atividade desempenhada por um religioso, independente do culto.

⁷⁴ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 258.

⁷⁵ PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. RT, 2004. P.492.

⁷⁶ NORONHA, Eduardo Magalhaes. Direito Pena, vol. 1: introdução a parte geral. São Paulo: Rideel, 2009. P. 260.

Profissão é a atividade desenvolvida por liberais. Assim sendo, responderão por esta agravante: o leiloeiro, que fraudar o leilão; o sacerdote, que na posse de determinada informação prestada sob sigilo pratica determinado crime; o advogado que pratica uma falsidade para prova.⁷⁷

A circunstância agravante da vitimização de crianças, de maior de 60 anos, de enfermo ou de mulher grávida fundamenta-se na maior vulnerabilidade ou incapacidade, fragilidade ou incapacidade de resistência ou de defesa da destes. A criança é definida como todo ser humano de idade até 12 anos incompletos, nos termos do artigo 2º, da lei 8.069/90. Maior de sessenta indica o marco cronológico que define a pessoa considerada idosa, na forma do artigo 1º da lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) enfermos são pessoas portadoras de patologias orgânicas ou psíquicas, crônicas ou agudas, temporárias ou permanentes, determinantes de sofrimento físico ou psíquico, ou de redução de funções orgânicas, psicológicas ou fisiológicas. Mulher grávida designa o estado da mulher durante a gestação, iniciada com a fixação do zigoto no útero materno e encerrada com a ruptura da bolsa amniótica, que marca o início do processo de parto.⁷⁸

A vítima sob imediata proteção da autoridade, como agravante, tem por objeto a violação de garantias legais, explícitas ou implícitas, de agentes do poder público, a pessoas que estão sob sua guarda (cidadão sob prisão temporária ou definitiva) ou custodia (o doente mental internado em hospital público), ou outras forma de proteção que ampliam ou reforçam a confiança da vítima na inviolabilidade de direitos protegidos pelo direito penal.⁷⁹

Em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer outra calamidade pública, como terremoto, temporal, tornado, (nota-se que o Código adota aqui o critério da interpretação extensiva) e, ainda, em ocasião de particular desgraça para o ofendido, como seu envolvimento em grave acidente de trânsito, ou a morte de familiar querido, as

⁷⁷ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 254.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 531.

⁷⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Forense, 1995. p. 540.

pessoas que se vêm tomadas pela tragédia compreensivamente enfraquecem seus controles, quando não entram em pânico, na ânsia de escapar do perigo. Quem se aproveita de uma tragédia para praticar um crime, mostra sem dúvida sua profunda insensibilidade moral e ausência de solidariedade humana, merecendo, portanto, mais intensidade da atuação estatal.⁸⁰

A embriaguez preordenada agrava a pena, haja vista que o agente resolve deliberadamente beber, para romper os freios inibitórios, e assim criar a coragem necessária para praticar o crime idealizado e planejado. A embriaguez preordenada é uma forma de embriaguez voluntária. Ela poderá ser alcançada pela ingestão de álcool ou qualquer outra substância de efeitos análogos (artigo 28, inciso II do CP), como a maconha, o éter, o ópio, a cocaína, o clorofórmio, etc.⁸¹

O artigo 62 do Código Penal elenca as hipóteses em que o concurso de pessoas agrava a pena. No inciso I, prevê a conhecida figura da autoria intelectual, que alcança o idealizador do fato e impulsionador da ação dos demais. O inciso II, trata a respeito da coação (física ou moral), de um indivíduo sobre o outro (ou outros) e do induzimento que é uma modalidade subliminar da coação, porque o agente vai minando a resistência do induzido até conseguir dele o apoio na execução do projeto criminoso. O inciso III dispõe sobre a instigação de pessoa sujeita à autoridade do agente, sendo uma coação subliminar mais intensa, haja vista decorrer do repetido reforço a ideia de execução e a determinação na manifestação concreta da autoria mediata. O inciso IV, executar ou participar de crime mediante pagamento ou promessa de recompensa, especifica uma hipótese que se enquadra perfeitamente na moldura do motivo torpe.⁸²

As circunstâncias atenuantes estão expressas no artigo 65, da seguinte forma:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

⁸⁰ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 265.

⁸¹ JESUS, Damásio Evangelista de. Código Penal Anotado. São Paulo, Saraiva, 1991, p.99

⁸² BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 265.

- II - o desconhecimento da lei;
- III - ter o agente:
 - a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.⁸³

O fundamento basilar da atenuante do inciso I é o insuficiente desenvolvimento psicossocial do agente menor de 21 anos de idade, na data do fato, ou a degeneração psíquica do agente maior de setenta anos na data da sentença. Existem duas questões relativas a essas faixas etárias que merecem esclarecimentos. A primeira é que a definição legal de capacidade civil aos 18 anos não exclui a circunstância atenuante para agente menor de 21 anos, haja vista que decisões do legislador civil não são aptas para alterar a legislação penal. Do mesmo modo é irrelevante a antecipação da maioridade por emancipação, casamento, exercício de emprego público, conclusão de curso superior, que não excluem a atenuante em tela, bem como não antecipam a imputabilidade penal para menores de 18 anos. A segunda questão é que o fundamento legal que determinou a adoção da idade de 60 anos, (art. 1º da Lei 10.741/13) para determinar a agravante do art. 61, II, h, do Código Penal, permite que seja considerada essa idade também como atenuante, porque a analogia in bonam partem é inteiramente compatível com o Direito Penal.⁸⁴

No que concerne ao inciso II é preciso distinguir o desconhecimento da lei da falta de consciência do caráter ilícito da lei. O desconhecimento da lei constitui circunstância

⁸³ BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Out. 2014. BRASIL. CÓDIGO PENAL.

⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 546.

atenuante genérica, seguindo a orientação de que a ignorância ou a errada compreensão da lei não excluem o juízo de reprovação. O desconhecimento da lei não isenta de pena, mas a atenua, sendo que o erro sobre a antijuricidade do ato exclui a culpabilidade.⁸⁵

Na atenuante motivo de relevante valor social ou moral sabemos que não há conduta humana desprovida de motivo, e conforme determinações éticas podem enquadrá-los como fator de agravação ou de abrandamento da pena. Assim, como atenuantes temos o relevante valor social ou moral. O motivo social está relacionado ao interesse coletivo, ao passo que o motivo moral se vincula ao interesse particular, ambos relevantes de acordo com a compreensão moral média do lugar do fato. São exemplos os motivos inspirados no amor à pátria, honra, liberdade, solidariedade, maternidade, etc.⁸⁶

Na alínea b, do inciso II, o arrependimento do agente deve ser analisado sob dois ângulos: ação de natureza espontânea, imediata e eficiente; reparação do dano antes do julgamento. Na primeira a ação deve ser espontânea, ou seja, fundada em motivo autônomo de iniciativa do próprio agente, imediata (realizada sem intervalo ou logo após o crime) e eficaz, ação realmente eficaz com o objetivo de evitar ou reduzir os efeitos do crime consumado.⁸⁷ Após a consumação somente pela reparação do dano, pelo pagamento ou qualquer outra forma de indenização, antes da sentença, que demonstra com sua atitude possuir um mínimo de sensibilidade, responsabilidade e juízo crítico sobre seus próprios atos.⁸⁸

Na alínea c, do inciso III são descritas três hipóteses distintas de atenuantes. A primeira é a coação resistível, representa em relação à exculpação legal de coação irresistível, nível inferior de potencialidade lesiva e menor intensidade de repercussão

⁸⁵ COSTA, Alvaro Maryrink da. Direito Penal Parte geral. V.3. 7ªed. Rio de Janeiro. Forense. 2007. p.452.

⁸⁶ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 265.

⁸⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 549.

⁸⁸ BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 272.

psíquica sobre o coagido. Essa natureza resistível ou irresistível da coação deve ser determinável no caso concreto pelas condições objetivas de violência ou ameaçada e pelas condições subjetivas de coator e coagido decidem sobre sua eficácia exculpante ou apenas atenuante.⁸⁹ A segunda hipótese diz respeito ao cumprimento de ordem de autoridade superior, a natureza evidente ou oculta da ilegalidade da ordem decide sobre a eficácia exculpante ou simplesmente atenuante da obediência hierárquica.⁹⁰ A terceira é a emoção violenta como impulso agressivo produzido por ato injusto da vítima, situado em nível inferior a injusta agressão da legítima defesa.⁹¹

A atenuante da confissão tem como fundamento a necessidade de valorar positivamente a conduta do agente que toma a iniciativa de procurar, por sua própria vontade, as autoridades para narrar os acontecimentos em que se viu envolvido, poupando-as de complexas e as vezes difíceis investigações para chegar a autoria do delito. Quem assume a responsabilidade de um delito demonstra possuir juízo crítico sobre seus atos e, desse modo merece o abrandamento de sua punição.⁹²

O fato de o agente cometer o delito sob influência de multidão em tumulto do qual não tenha ele provocado configura uma circunstância atenuante. Haja vista, que situações como essas caracterizadas pela pressão estimulante da massa e pelo anonimato podem liberar instintos agressivos individuais, normalmente contidos pela ação controladora do superego.

⁸⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 550.

⁹⁰ KOERNER JR., Rolf. Obediência hierárquica. Del Rey, 2000. p. 135.

⁹¹ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal (Parte Geral). 16ed. Forense, 2003. p. 432

⁹² BOSCHI, José Paganella. Das Penas e Seus Critérios de Aplicação. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 272.

2.3-TERCEIRA FASE: CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO OU DE DIMINUIÇÃO DA PENA.

Existem outras situações especiais de alteração da pena, além das circunstâncias legais agravantes e atenuantes, que são as causas de aumento ou de diminuição da pena, previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal. E que sua computação no cálculo da pena representa a terceira e última fase da sua aplicação.⁹³

A terceira e última fase de aplicação da pena é a da pena definitiva. Sendo que nesta prevalece o método sucessivo ou em cascata, pelo qual a primeira majorante incide sobre a pena da segunda fase, enquanto as outras majorantes ou minorantes incidem sobre a pena imediatamente anterior. Em contraposição a este método existe o método cumulativo, segundo o qual ocorre a aplicação de todas as operações da terceira fase sobre a pena-base. No entanto, este último sistema não pode prevalecer, uma vez que poderá gerar a “pena zero”. Basta imaginar o exemplo de duas minorantes de dois terços, incidindo sobre uma pena-base de três anos, o que resultaria em uma pena abaixo de zero. Já no método sucessivo ou em cascata, no exemplo acima, após a primeira redução de dois terços a pena passaria de três anos para um, e em seguida após uma nova redução de dois terços passaria para quatro meses.⁹⁴

As causas especiais de aumento ou de diminuição de pena da parte geral do Código Penal são aplicáveis a todos os crimes, como se indica nas seguintes situações: tentativa (art. 14, II, CP); o arrependimento posterior (art. 16, CP); o erro evitável sobre a ilicitude do fato (art. 21, parte final, CP); a redução da pena no estado de necessidade (art. 24, &2 CP); semi-imputabilidade (art. 26, parágrafo único, CP); a semi-imputabilidade fortuita ou forçada (art. 28, parágrafo 2º CP) a participação de menor importância (art. 29, parágrafo 1º do CP) a previsibilidade do resultado mais grave, na

⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 555.

⁹⁴ BARROS, Flavio Augusto Monteiro de: Direito Penal:v1 parte geral. 9ed. São Paulo: Saraiva 2011, p 532.

participação em crime menos grave (art. 29 parágrafo 2º do CP) a situação econômica do réu na pena de multa (art 60 parágrafo 1º, CP), o concurso material (art. 69, CP); o concurso formal (art. 70 CP) e o crime continuado (art. 71, CP).⁹⁵

Já as causas especiais de aumento ou de diminuição da pena prevista na parte especial do Código Penal possuem caráter de especificidade e estão previstas ao lado tipos penais respectivos como: art. 121 parágrafos 1º e 4º, art. 122, parágrafo único, art. 127, art. 129, parágrafos 4º e 7º, art. 155, parágrafos 1º e 2º, art. 157, parágrafo 2º, art. 158, parágrafo 1º, outras hipóteses menores.⁹⁶

Importante salientar que as causas de aumento não se confundem com as qualificadoras. A circunstância será causa de aumento quando a lei mandar incidir determinado *quantum* sobre a pena provisória, fixada anteriormente, que pode ser fixo (por exemplo, aumenta-se em dobro; em 1/3; na metade; triplica-se) ou variável (aumenta-se de 1/3 a 1/2; de 1/6 a 2/3, etc.). De outra forma será qualificadora, quando a norma incriminadora trazer nova cominação abstrata, prevento outro quantum mínimo e máximo (ex: homicídio simples: pena reclusão de 6 a 20 ano; homicídio qualificado: pena reclusão de 12 a 30 anos).⁹⁷

As causas de diminuição não se confundem com as atenuantes, e nem com a diminuição do tipo privilegiado. As atenuantes estão previstas nos artigos 65 e 66 do Código Penal, para elas o Código não fixa o quantum de redução da pena. Já as causas de diminuição aparecem tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Penal, sendo que o Código já traz o quanto de diminuição, de forma única (diminui-se 1/3; 1/2; 1/6) ou dentro de determinados limites (diminui-se de 1/3 a 1/2; de 1/6 a 1/3 etc.). Já a diferença entre as causas de diminuição e o tipo privilegiado é que nas primeiras a

⁹⁵ FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal (Parte Geral). 16ed. Forense, 2003. p. 350

⁹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 555.

⁹⁷ CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de direito Penal. Parte Geral. 2 ed. Rio de janeiro. Forense. 2007. p. 292.

diminuição está veiculada a um quantum, ao passo que na segunda o tipo privilegiado traz uma nova cominação mínima e máxima.⁹⁸

As causas especiais de aumento ou de diminuição da pena, na parte geral ou especial são identificadas por aumentos ou reduções em quantidades fixas ou variáveis. Oportuno salientar que os aumentos ou reduções da pena, determinado por essas causas especiais devem ser fundamentados concretamente, alusões genéricas são inconstitucionais (art. 93, IX, CF/88). Os aumentos ou reduções da pena previstos nessas causas especiais são obrigatórios, apesar do legislador utilizar o verbo poderá em relação às hipóteses de redução das penas, e usar o verbo será nas hipóteses de aumento das penas.⁹⁹

No caso de determinada circunstância for, simultaneamente, causa de aumento e agravante, o juiz deverá considerá-la somente como causa de aumento, desprezando a agravante, caso contrário, se considerar o mesmo fato uma agravante e uma causa de aumento, estará o julgador incorrendo no *bis in idem*. Assim sendo, no caso de um homicídio doloso praticado contra criança (art. 121, &4º, segunda parte do CP), o juiz não poderá na fase anterior agravar a pena com base no art. 61, II, h, do CP, pois terá que aumentar a pena em 1/3 na terceira fase.¹⁰⁰

Ressalta-se ainda a impossibilidade de compensar majorante com minorante, porque ambas devem ter incidência. No caso concreto a compensação poderia prejudicar o réu. Se, por exemplo, sobre uma pena de seis anos incide uma diminuição de um terço e um aumento de um terço também, a compensação manteria a pena em seis anos, já a aplicação de ambas, a causa de aumento e a causa de diminuição, geraria uma pena de cinco anos e quatro meses. Com efeito, 6 anos menos um terço da causa de diminuição, resultaria em uma pena de quatro anos, acrescida da causa de

⁹⁸ CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de direito Penal. Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007. p. 292.

⁹⁹ FERREIRA, Gilberto. Aplicação da pena. Forense, 1995. p. 143.

¹⁰⁰ CARVALHO, Djalma Eutímio de. Curso de direito Penal. Parte Geral. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007. p. 293.

aumento de um terço tendo como pena final cinco anos e quatro meses, inferior aos seis anos, que se teria como resultado caso ocorresse a compensação.¹⁰¹

O artigo 68 do Código Penal, em seu parágrafo único assim preceitua: “no concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia a causa que mais aumente ou diminua”.¹⁰²

A partir deste preceito podemos extrair algumas regras. A primeira é a de que se tivermos duas ou mais causas de aumentos previstas na parte geral todas terão incidência, assim como duas causas de diminuição previstas na parte geral, porque o artigo fala de concurso de causas de aumento e de diminuição previstas na parte especial. Outra regra é se houver duas ou mais causas de aumento previsto na parte especial o juiz irá se limitar a aplicar a causa que mais aumenta a pena, devendo as demais atuar como agravantes, caso previstas no rol das agravantes. O mesmo acontece com as causas de diminuição da pena, previstas na parte especial, a qual o juiz só poderá aplicar uma delas nesta fase. Caso ocorra uma causa de aumento e uma de diminuição, ambas terão incidência. Surgindo uma causa de aumento na parte geral e outra na especial, as duas terão incidência. O mesmo acontece quando temos uma causa de diminuição na parte especial e outra na geral.¹⁰³

¹⁰¹ BARROS, Flavio Augusto Monteiro de: Direito Penal:v1 parte geral. 9ed. São Paulo: Saraiva 2011, p 533.

¹⁰² BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Out. 2014. BRASIL. CÓDIGO PENAL.

¹⁰³ BARROS, Flavio Augusto Monteiro de: Direito Penal:v1 parte geral. 9ed. São Paulo: Saraiva 2011, p 534.

3. ATENUANTES INOMINADAS.

3.1- CONCEPÇÕES CLÁSSICAS

O artigo 66 do Código Penal preceitua que “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”¹⁰⁴

O dispositivo presente no artigo 66 do Código Penal, outorga um caráter enunciativo às atenuantes, deixando aberto o seu catálogo para outras possibilidades, que podem fundar-se na menor culpabilidade, no menor conteúdo do injusto do fato e ainda em considerações políticas criminais.¹⁰⁵

Dentre os doutrinadores encontramos pensamentos diferentes no que se refere a caracterização da circunstância relevante, como exemplo, temos entre os que renegam os argumentos da teoria da coculpabilidade como uma forma de atenuante inominada, Guilherme de Souza Nucci, que em seu Código Penal Comentado assevera o seguinte:

“Ainda que se possa concluir que o Estado deixa de prestar a devida assistência à sociedade, não é por isso que nasce qualquer justificativa ou amparo para o cometimento de delitos, implicando em fator de atenuação da pena. Aliás, fosse assim, existiriam muitos outros ‘cocalpáveis’ na rota do criminoso, como os pais que não cuidaram bem do filho ou o colega na escola que humilhou o companheiro de sala, tudo a fundamentar a aplicação da atenuante do art. 66 do Código Penal,

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Out. 2014. BRASIL. CÓDIGO PENAL.

¹⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

vulgarizando-a. Embora os exemplos narrados possam ser considerados como fatores de impulso ao agente para a prática de uma infração penal qualquer, na realidade, em última análise, prevalece a sua própria vontade, não se podendo contemplar tais circunstâncias como suficientemente relevantes para aplicar a atenuação.”¹⁰⁶

O pensamento acima exposto de Nucci é combatido por Franco et al, que asseveram que a carência sofrida pelo réu de não ter conseguido desfrutar das oportunidades sociais sem dúvida deve ser considerada pelo aplicador da lei no caso concreto. Haja vista que o Estado é responsável pela não implementação de políticas sociais na área da educação e do emprego. Assim sendo dar tratamento igualitário do ponto de vista punitivo, tanto aquele que teve garantida por seu extrato social, todo tipo de chance na vida, quanto aquele que não teve nenhuma oportunidade social de realizar o seus projetos de vida seria uma grande injustiça. Nada mais justo que a segunda situação seja devidamente considerada pelo julgador como uma circunstância beneficiadora do autor da infração.¹⁰⁷

A maior parte dos doutrinadores pátrios não faz referência aos casos que ensejariam a aplicação da atenuante inominada, e se limitam a repetir o texto legal em seu Códigos Penais Comentados.

Delmanto explica que além das atenuantes explicitamente arroladas no artigo 65 do código Penal, o artigo 66 ainda prevê as chamadas atenuantes inominadas (ou sem nomes). Nelas haverá redução da pena em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior a pratica do crime, ainda que não esteja prevista em lei de forma expressa. Assim, independente da época de sua ocorrência, a pena poderá ser atenuada pela circunstância relevante. Como exemplo, anos antes de cometer um crime grave, ainda não julgado, o acusado arriscou sua vida para salvar uma vitima de um incêndio ou

¹⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁰⁷ FRANCO, Silva Alberto. et. al. Código Penal e sua Interpretação. 8.ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2007. P.378.

desastre, ou ainda após o cometimento de um crime culposo no trânsito o agente passa a difundir regras de trânsito nas escolas. O juiz pode considerar que a circunstância não tem relevância para atenuar a pena, todavia não se trata de mero arbítrio do julgador na aplicação da pena. Assim se a mesma circunstância inominada incide para dois acusados não pode o juiz atenuar a pena de um deles e recusar a atenuante ao outro.

108

Mirabeti e Fabbrini ao discorrer sobre o tema o fazem de forma tímida da conforme abaixo:

Pode ainda a pena ser atenuada por circunstância não prevista expressamente em lei. É atenuante facultativa, de conteúdo variável, que permite ao juiz considerar aspectos do fato que merecem atenção por indicarem uma culpabilidade menor do agente. Há falha no dispositivo que não se refere às circunstâncias concomitantes com o delito, mas evidentemente devem ser elas consideradas, por analogia, diante da lacuna involuntária da lei, que se revela por ter feito constar essa possibilidade da exposição de motivos do projeto que se transformou na lei nº 7.209/84. A rigor, porém, o juiz pode considerar na fixação da pena qualquer circunstância do crime, diante do art. 59, orientador da escolha da pena base. São circunstâncias que podem ser consideradas na atenuante inominada o arrependimento sincero do agente, sua extrema penúria, a recuperação do agente após o cometimento do crime, a confissão embora não espontânea, ter o agente sofrido dano físico, fisiológico ou psíquico em decorrência do crime, ser portador de doença incurável, etc.¹⁰⁹

¹⁰⁸ DELMANTO, Celso et. al. Código Penal Comentado. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 219.

¹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado. 6. Ed. São Paulo: Atlas: 20008. p. 541-542.

3.2-NOVAS CONCEPCÕES

As circunstâncias atenuantes não expressamente admitidas textualmente no artigo 66 constituem outras características relevantes do fato, anteriores ou posteriores ao crime, não previstas legalmente, mas capazes de influir no juízo de reprovação do autor pela realização do tipo do injusto. Assim sendo, crimes realizados no contexto de condições sociais adversas, por sujeitos marginalizados do mercado de trabalho e do processo de consumo, insuficientes para configurar o conflito de deveres como situações de exculpação podem caracterizar a atenuante inominada, porque exprimiriam hipóteses de co-culpabilidade do Estado pela sonegação de iguais oportunidades aos membros de sua sociedade.¹¹⁰

Uma circunstância que o texto vigente não menciona de maneira expressa, mas que pode ser caracterizada como atenuante inominada a menor culpabilidade do agente, proveniente do que se acostumou chamar de “co-culpabilidade”. As pessoas dispõem de distintas margens sociais de autonomia ou de distinto espaço social, em razão das desigualdades socioeconômicas, de instrução, etc, ou seja, existem pessoas que dispõem de meios econômicos e de graus de instrução superiores ao de outras, estas frequentemente com graus de carências bem marcados. Assim, notamos que a sociedade permite a alguns gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são negados a reprovação de culpabilidade que se faz a pessoas a quem se têm negado as possibilidades que são outorgadas a outras, deve ser em parte compensada, isto é, a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação, uma vez que não pode creditar ao agente uma maior capacidade de motivar-se numa norma, cujo conhecimento não lhe possibilitou. Logo, devem ser consideradas como atenuantes: a humilde condição social de uma pessoa, suas carências econômicas e de instrução, seu

¹¹⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. Direito Penal – Parte Geral - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012p. 552.

escasso acesso à medicina preventiva e curativa, e no geral, o menor gozo de direitos sociais.¹¹¹

Para que possamos estabelecer um juízo paritário de reprovabilidade, quando analisarmos o indivíduo socialmente referido e constatássemos que existe uma satisfação mínima de seus direitos fundamentais, sendo eles de primeira (direitos de liberdades), segunda (direitos sociais e econômicos) ou terceira (direitos transindividuais) geração, sob pena de estarmos tratando igualmente pessoas desiguais, fato que apesar de gerar uma situação de igualdade formal, descaracteriza substancialmente o princípio da isonomia.¹¹²

Os fatores sociais devem ser levados em consideração pelo magistrado no momento da aplicação da pena, desde que, no caso concreto seja possível identificar uma relação necessária entre a omissão estatal em disponibilizar ao indivíduo maneiras de potencializar suas capacidades e o fato danoso por ele cometido. Este postulado é decorrência lógica da implantação, em nosso país, pela Constituição de 1988, do Estado Democrático de Direito, sendo um acréscimo normativo ao Estado Social, que estabelece os direitos de segunda geração.¹¹³

Nos ordenamentos penais latino-americanos podemos encontrar normatizado o princípio da co-culpabilidade como circunstância atenuante. O Código Penal colombiano, em seu artigo 64, determina a atenuação da pena em razão da indulgência. O mesmo está disposto no Código Penal argentino, em seu artigo 41, quanto a maior ou menor possibilidade do autor do delito para prover o seu sustento ou o de seus familiares. Na Bolívia, em seu artigo 38, o Código faz menção à situação econômica e social do réu. No Equador art. 29, que considera atenuantes a indigência, família

¹¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹² CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.62.

¹¹³ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.64.

numerosa e a falta do trabalho do imputado. No México (art. 52) e Peru (art. 51), há enumeração das condições econômicas do agente. No Paraguai, o artigo 30 vincula a conduta do indivíduo ao seu estado de miserabilidade.¹¹⁴

A co-culpabilidade é o reconhecimento de uma parcela de responsabilidade do Estado sobre as infrações praticadas por seus cidadãos que estão em posição de hipossuficientes e abandonados pelo próprio Estado, que não cumpre com suas obrigações constitucionais, principalmente no aspecto econômico-social, pois deixa de tutelar e promover o mínimo de condições de sobrevivência, segurança e desenvolvimento da pessoa humana.¹¹⁵

As circunstâncias atenuantes inominadas não podem ficar restritas apenas à situação econômica do imputado, tendo em vista que no Estado Democrático de Direito esta é apenas uma das variáveis que compõe o dever de prestação estatal. Somadas a situação econômica, devem ser valoradas ainda as condições de formação intelectual facultadas ao réu, pois esta avaliação é de fundamental importância para uma avaliação do grau de autodeterminação do sujeito. As averiguações destas circunstâncias são plenamente constatáveis empiricamente no processo, deixando de ser um juízo sobre o ser do sujeito, uma vez que representam um dado fático, na relação autor delito, ou seja, não se trata do ressurgimento do direito penal do autor, mas sim de uma otimização do direito penal do fato, pois análise é centrada na avaliação do livre arbítrio, capacidade de conhecimento e exigibilidade de conduta diversa.¹¹⁶

Outro aspecto relevante que deve ser considerado como atenuante inominada para os doutrinadores adeptos da uma nova concepção na caracterização das atenuantes inominadas diz respeito a duração razoável do processo. Aury Lopes Jr, afirma que processualmente, o direito a ter um processo sem dilações indevidas está inserido num princípio mais amplo, o de Celeridade Processual. Apesar disto, uma vez mais se

¹¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 611.

¹¹⁵ MOURA, Grégore Moreira de. Do Princípio da Co-Culpabilidade. Niterói: Impetus, 2006.

¹¹⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001, p.64.

evidencia o equívoco de uma “teoria geral do processo”, na medida em que, o dever de observância das categorias jurídicas próprias do processo penal, impõe uma leitura da questão de forma diversa daquela realizada no processo civil. No processo penal, o princípio de celeridade processual deve ser reinterpretado à luz da epistemologia constitucional de proteção do réu, constituindo, portanto, um direito subjetivo processual do imputado.¹¹⁷

Esse direito fundamental, da razoável duração do processo já estava expressamente assegurado nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH¹¹⁸, recepcionados pelo art. 5º, § 2º da Constituição. Assim, a Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2004, não trouxe novidade com a inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição, apenas seguiu a mesma diretriz protetora da CADH, com a seguinte redação:

“LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”¹¹⁹

Há ainda outra atenuante inominada possível, que levaria à neutralização dos efeitos agravantes da reincidência, seria considerar as condenações anteriores, as detenções, e em geral, todas as intervenções repressivas do sistema penal, que tem levado o agente que comete um crime a uma estigmatização e a uma redução do seu espaço social. Não é correto que o Estado presuma possuir a conduta do autor um maior conteúdo de injusto, por demonstrar um desprezo para com a autoridade estatal, ao praticar uma nova infração depois de uma condenação, quando anteriormente, foi esse mesmo Estado e esse mesmo sistema penal que atuaram de maneira a condicionar o cidadão para isso. Nestes casos, a criminalização deveria funcionar como uma atenuante inominada e seu efeito não poderia ser outro a não ser o de neutralizar

¹¹⁷ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal – 9. ed. rev. e atual.* – São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁸ O Brasil aderiu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969) através do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

¹¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 10 Out 2014.

os efeitos da reincidência.¹²⁰

3.3-ANÁLISES JURISPRUDENCIAIS

Partindo para as análises de jurisprudências, importa aqui ressaltar que a maioria dos julgados não reconhecem causas possíveis de serem enquadradas como atenuantes inominadas, como um dos inúmeros casos de denegação do pedido de reconhecimento da atenuante do artigo 66 do Código Penal temos o julgado abaixo, do TJ-SP - APL: 00000410320138260457 SP 0000041-03.2013.8.26.0457, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 16/06/2014, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 24/06/2014.

APELAÇÕES. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. AUTORIA E MATERIALIDADE. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. VALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO EVIDENCIAM A NARCOTRAFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA PREVISTA NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. REGIME FECHADO. PROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS. 1. As autorias e a materialidade dos crimes de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas. Substâncias entorpecentes encontradas na residência dos réus. 2. Depoimentos dos policiais harmônicos e uníssonos no sentido da responsabilização criminal do réu. Validade dos seus depoimentos, mormente quando submetidos ao crivo do contraditório e corroborados

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. Precedentes do STF e do STJ. 3. Impossibilidade de desclassificação para o uso. Circunstâncias do caso concreto indicam a traficância, uma vez que a droga estava acondicionada em pequenos pacotes e embalada individualmente. Inteligência do art. 28, § 2º, da Lei de Drogas. 4. Afastamento da circunstância atenuante inominada, prevista no art. 66 do Código Penal, haja vista que ela somente pode ser reconhecida quando houver uma circunstância, não prevista expressamente em lei, que permita ao MM. Juiz Sentenciante verificar a ocorrência de um fato indicativo de uma menor culpabilidade do agente. Inexistência, no caso concreto, de menor culpabilidade da ré. Precedente do STJ. 6. Associação para o tráfico não comprovada. Ônus da acusação. Manutenção da absolvição. 7. Regime inicial de cumprimento de pena para os crimes nela previstos será o fechado, medida esta estabelecida em perfeita harmonia com o tratamento diferenciado e mais rígido conferido pela própria Constituição Federal aos crimes hediondos e equiparados (art. 5º, XLIII), não cumprindo ao Poder Judiciário analisar a conveniência e adequação da política criminal do seu tratamento, matéria reservada ao Poder Legislativo, Órgão constitucionalmente competente para tanto. 8. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos que resta afastada não só pela quantidade de pena aplicada ao réu Roberto da Silva (art. 44, I, do Código Penal), mas também pela natureza do entorpecente encontrado na sua posse e em poder da ré Priscila Donizete, a demonstrar que a substituição da reprimenda corporal por restritiva de direitos não seria suficiente para a reprovação e a prevenção do crime em comento. 10. Parcial provimento dos recursos da acusação e da defesa.

No julgado abaixo, extraído do TJ-SC - APR: 20140179061 SC 2014.017906-1 (Acórdão), Relator: Roberto Lucas Pacheco, Data de Julgamento: 05/11/2014, Quarta Câmara Criminal Julgado notamos o qual difícil é o reconhecimento da referida atenuante, haja vista o magistrado afirmar que essa hipótese de atenuante é amplamente aberta e por isso necessita de uma robusta comprovação de causa excepcional que justifique a redução da pena.

APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. RECURSO VISANDO À ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A PROLAÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. IN DUBIO PRO REO INAPLICÁVEL NA ESPÉCIE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE TENTADA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME QUE SE CONSUMA QUANDO O RÉU É FLAGRADO CONDUZINDO AUTOMÓVEL QUE SABE SER OBJETO DE CRIME, NO CASO, COM SINAIS IDENTIFICADORES ADULTERADOS. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DE MODO PARCIMONIOSO. REINCIDÊNCIA RECONHECIDA. ATENUANTE DA CONFISSÃO INVIÁVEL. RÉU FLAGRADO EM PLENA PRÁTICA DELITIVA. RECONHECIMENTO DOS FATOS QUE SERVIU TÃO SOMENTE PARA TENTAR JUSTIFICAR O DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ESPÚRIA. ATENUANTE INOMINADA PREVISTA NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE SUA INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE NÃO COMPROVOU NENHUMA CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE ANTERIOR OU POSTERIOR AO CRIME. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. RÉU QUE NÃO AGE EM CONCURSO DE AGENTES. CONDUTA DO RÉU É A PRÓPRIA ESSÊNCIA DO CRIME EM QUESTÃO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. NATUREZA DE SANÇÃO. ISENÇÃO INVIÁVEL. RECALCITRÂNCIA NO COMETIMENTO DE CRIMES QUE IMPEDE OS BENEFÍCIOS DA LEI N. 9.099/95 E DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REPRIMENDA MANTIDA. Não se mostra apta à redução da pena a confissão qualificada empreendida, quando o réu já não poderia negar a autoria, somente visando a viabilizar tese defensiva. A atenuante genérica prevista no art. 66 do Código Penal, por se tratar de hipótese amplamente aberta, demanda robusta comprovação da causa excepcional que justifique a atenuação da pena. A mera alegação de penúria material, notadamente quando não comprovada, não justifica a concessão da benesse. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. NOMEAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS, APÓS A CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. ARBITRAMENTO EM VALOR

MONETÁRIO. FIXAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 20, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL [...]

Em um dos raros julgados que reconhece a atenuante inominada, sendo um dos primeiros a caracterizar como causa relevante para a diminuição da pena o retardo no trâmite processual foi retirado do TJ-RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Data de Julgamento: 25/05/2011, Quinta Câmara Criminal.

Furto qualificado. Condenação: mantida para um dos acusados diante da prova colhida nos autos. Absolvição: imperativa quando ausente a certeza, base ética indeclinável da condenação no processo penal democrático. Qualificadora pelo rompimento de obstáculo: nula é a perícia que não preenche os requisitos do art. 159 do CPP. Conduta social e personalidade: não vêm contra o acusado - pena de invasão da intimidade. Atenuante inominada: o excessivo retardo do trâmite processual autoriza a aplicação da atenuante genérica (CP, art. 66). Prescrição retroativa reconhecida. Deram parcial...

Na ementa abaixo notamos o qual reticente são os magistrados no reconhecimento da alegação de co-culpabilidade do Estado como causa ensejadora da atenuante inominada. Afirma o magistrado que não é possível reconhecer a atenuante inominada simplesmente sob a alegação de co-culpabilidade do estado. Sendo este o posicionamento predominante na maioria dos Tribunais pesquisados.

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - ATENUANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL - NÃO CABIMENTO - RECURSO NÃO PROVIDO. - Inexistindo nos autos elementos suficientes para aferir a dependência toxicológica do apelante, tampouco o grau de influência do suposto abuso de drogas em seu

comportamento, não há como reconhecer a atenuante inominada simplesmente sob a alegação de co-culpabilidade do Estado. - Não se reconhece a atenuante prevista no art. 66 do Código Penal, se não provada a ocorrência de "circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, (...) não prevista expressamente em lei". ¹²¹

Caso interessante foi o encontrado no TJ-MS - APR: 17798 MS 2005.017798-0, Relator: Des. Gilberto da Silva Castro, Data de Julgamento: 07/03/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 20/03/2006, o qual os jurados reconheceram a atenuante inominada no júri e o juiz não a considerou na fixação da pena.

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO PRIVILEGIADO - PENA-BASE MANTIDA - REDUÇÃO PELA ATENUANTE INOMINADA RECONHECIDA PELOS JURADOS E NÃO OBSERVADA PELO JUIZ - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. As circunstâncias judiciais desfavoráveis autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. Verificado que o sentenciante, por um lapso, deixou de observar, na segunda fase da aplicação da pena, a atenuante inominada reconhecida pelos jurados, dá-se provimento ao recurso para reduzir a reprimenda.

Em julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, STJ - HC: 187132 MG 2010/0185087-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2013 fica evidente o não acolhimento da teoria da co-culpabilidade:

¹²¹ TJ-MG - APR: 10362110116815001 MG , Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 02/07/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/07/2013.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO JULGADA.PRETENSÕES DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO. VIA INADEQUADA. EXAMEAPROFUNDADO DAS PROVAS. TEORIA DA CO-CULPABILIDADE DO ESTADO. NÃOCONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. Hipótese em que as instâncias originárias examinaram, com profundidade, os elementos de convicção produzidos nos autos da ação penal, concluindo pela condenação do paciente. Inviável atender a pretensão defensiva, de absolvição ou desclassificação da conduta, nesta via estreita do mandamus, em que vedado o revolvimento fático-probatório. 2. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da co-culpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos. Ademais, conforme ressaltou a Corte estadual, sequer restou demonstrado ter sido o paciente prejudicado por suas condições sociais. 3. Habeas corpus denegado.

Um dos raros exemplos de uso da teoria da co-culpabilidade de Zaffaroni foi usado no TJ-MG 107020629660810011 MG 1.0702.06.296608-1/001(1), pelo Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 27/03/2007, Data de Publicação: 14/04/2007.

APELAÇÃO - FURTO - PROVAS SUFICIENTES DA AUTORIA E MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - NÃO-APLICAÇÃO - TENTATIVA - RECONHECIMENTO - IMPOSSIBILIDADE - CO-CULPABILIDADE - RECONHECIMENTO PARA FINS DE PROPORCIONALIDADE - NÃO-APLICABILIDADE - PENA-BASE EXACERBADA - DIMINUIÇÃO - REINCIDÊNCIA - AUMENTO EXACERBADO DA PENA-BASE - PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - AUMENTO MÁXIMO DE 1/6 SOBRE A PENA-BASE. Sendo o conjunto probatório idôneo a comprovar autoria e materialidade deve ser mantida a sentença condenatória. Não se pode

reconhecer a incidência do princípio da insignificância quando o valor da res furtiva é de quarenta reais, superando, em muito, o critério balizador do crime de bagatela, ou seja, dez por cento do salário mínimo vigente à época dos fatos. A consumação do crime de furto verifica-se quando o agente retira o bem da esfera de disponibilidade da vítima, ainda que por pouco tempo, não sendo necessária a posse mansa e pacífica. Sendo a maioria das circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, a pena-base da privativa de liberdade deve ser fixada no mínimo legal. É de se reconhecer a circunstância atenuante inominada, descrita no art. 66 do Código Penal, quando comprovado o perfil social do acusado, desempregado, miserável, sem oportunidades na vida, devendo o Estado, na esteira da co-culpabilidade citada por Zaffaroni, espelhar a sua responsabilidade pela desigualdade social, fonte inegável dos delitos patrimoniais, no juízo de censura penal imposto ao réu. Tal circunstância pode e deve, também, atuar como instrumento da proporcionalidade na punição, imposição do Estado Democrático de Direito. Apesar de nosso Código Penal não determinar qual a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes, doutrina e jurisprudência majoritárias tem aceitado que a variação dessas circunstâncias, atendido o princípio da razoabilidade, não deve modificar a pena-base, em mais de 1/6 (um sexto). V.V.P: APELAÇÃO - FURTO - CIRCUNSTÂNCIAS

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto no presente trabalho constatou-se que a utilização da atenuante inominada na aplicação da pena é algo muito raro. O artigo 66 preceitua que se houver uma circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime a pena poderá ser atenuada. Verificou-se que poucos são os doutrinadores que em suas pesquisas analisaram a fundo os fatos que poderiam caracterizar estas circunstâncias relevantes, a maior parte dos juristas se limitam a repetir o texto legal, tanto em seus julgados quanto em seus livros, porém a norma do artigo 66, possui um termo aberto “relevante” e por isso necessita de uma interpretação mais profunda para que ela possa ser utilizada de maneira correta no caso concreto, é preciso saber o que é ou não relevante.

Vivemos em um país desigual, onde uma parcela muito grande da sociedade não conta com o atendimento básico do Estado. O desemprego, a miséria, a fome, a baixa qualidade do ensino público, enfim uma série de direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 não são oportunizados a uma parcela da população. É evidente que esta parcela terá uma tendência maior para cometer um ilícito penal. O princípio da co-culpabilidade estatal deve sem dúvida ser um norteador do artigo 66 do Código penal, haja vista o Estado possuir sim uma parcela de culpa nestes crimes.

Além disso, temos uma justiça muito lenta e a dilação do processo geram ao acusado muitas consequências negativas como: angustias, depressão, a incerteza, entre outras situações prejudiciais ao acusado. Tudo isso deve ser levado em consideração pelo juiz ao aplicar pena ao réu, devendo ser o excesso de prazo na duração do processo ser uma causa ensejadora da aplicação da atenuante inominada, fato este que já aconteceu em um julgado analisado neste trabalho e que deveria servir de exemplo para outros magistrados no momento de aplicar a pena definitiva ao réu.

Parece que a maior parte dos juristas lê no artigo 66 do Código Penal o termo “relevante” e o interpreta como se fosse uma conjugação inexistente em nossa língua do verbo relevar. Assim desta maneira na visão destes não interessa se o acusado passa fome, vive em condições de miserabilidade, não teve oportunidades de estudar e desenvolver seu intelecto, não possui um emprego e nenhuma qualificação, tudo isso é relevado, deixado a um segundo plano. Poucos juristas são os que realmente se preocupam com o tem e que dão ao termo o significado que ele deve ter, que é o de adjetivo relevante, ou seja, aquilo que tem relevo, importância.

Assim não resta a menor dúvida de que ao fazer o uso da atenuante inominada nestes casos o julgador estará fazendo justiça ao caso concreto, e desta forma como um órgão estatal o judiciário fazendo a sua parte social na diminuição da criminalidade. Infelizmente poucos têm essa noção e notamos que aumenta a cada dia o número de pessoas que ingressam no sistema prisional, quase todas oriundas de classes desfavorecidas economicamente e desassistidas de seus direitos que deveriam ser assegurados pelo Estado.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. **Direito Penal. V.1 Parte Geral**. 9ed. São Paulo: Saraiva 2011, p 445.

BISSOLI FILHO, Francisco. **Estigmas da Crimiinalização: Dos Antecedentes à Reincidência Criminal**. Florianópolis: Cultura Jurídica, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de Outubro de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 10 Out 2014.

BRASIL. Decreto Lei 3.689 de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 10 Out. 2014.

BRASIL. Decreto Lei 2848 de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em www.planalto.gov.br acesso em 06 Out. 2014. BRASIL. CÓDIGO PENAL.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, HC 9882, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/1999. Disponível em www.stf.jus.br acesso em 10 Out. 2014

BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo- APL: 00000410320138260457 SP 0000041-03.2013.8.26.0457, Relator: Airton Vieira, Data de Julgamento: 16/06/2014, 1ª Câmara Criminal Extraordinária, Data de Publicação: 24/06/2014. Disponível em: www.jusbrasil.com.br.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina - APR: 20140179061 SC 2014.017906-1 (Acórdão), Relator: Roberto Lucas Pacheco, Data de Julgamento: 05/11/2014, Quarta Câmara Criminal Julgado. Disponível em: www.jusbrasil.com.br

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul- TJ-RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Data de Julgamento: 25/05/2011, Quinta Câmara Criminal. Disponível em: www.jusbrasil.com.br

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - APR: 10362110116815001 MG , Relator: Furtado de Mendonça, Data de Julgamento: 02/07/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/07/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br

BRASIL, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul TJ-MS - APR: 17798 MS 2005.017798-0, Relator: Des. Gilberto da Silva Castro, Data de Julgamento: 07/03/2006, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 20/03/2006. Disponível em: www.jusbrasil.com.br

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, STJ - HC: 187132 MG 2010/0185087-8, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2013. Disponível em: www.jusbrasil.com.br

BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG 107020629660810011 MG 1.0702.06.296608-1/001(1), pelo Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 27/03/2007, Data de Publicação: 14/04/2007. Disponível em: www.jusbrasil.com.br

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp nº 46.182/DF, Rel. Ministro JESUS COSTA LIMA, DJU 16.05.1994. Disponível em www.stf.jus.br acesso em 10 Out. 2014.

BOSCHI, José Paganella. **Das Penas e Seus Critérios de Aplicação**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. Rio de Janeiro Lumen Juris.2001.

CARVALHO, Djalma Eutímio de. **Curso de direito Penal. Parte Geral**. 2 ed. Rio de Janeiro. Forense. 2007. p. 293.

COSTA, Alvaro Maryrink da. **Direito Penal Parte geral**. V.3. 7ªed. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. 10 ed. Revista atual. São Paulo. Saraiva: 2009.

DELMANTO, Celso et. al. **Código Penal Comentado**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FAYET, Ney. **A sentença criminal e suas nulidades**. 5 ed. Rio de Janeiro: Aiede, 1987.

FERRAJOLLI, Luigi. **“la pena in uma società democratica. In questione giustizia**. Milano: Franco Angeli, 1996.

FERREIRA, Gilberto. **Aplicação da pena**. Forense, 1995.

FRAGOSO, Claudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1987

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e Suas Interpretações**. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRANCO, Silva Alberto. et. al. **Código Penal e Suas Interpretações**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALVÃO, Fernando. **A Culpabilidade Como Fundamento da Responsabilidade Penal**. São Paulo. RT, 1994.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. Vol. 1. 33. ed. São Paulo: Saraiva. 2012

KOERNER JR., Rolf. **Obediência hierárquica**. Del Rey, 2000.

KUEHNE, Maurício. **Teoria e Prática da Aplicação da Pena**. 2.ed. Curitiba: Juriá, 1998

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal** – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012

MAIA NETO, Candido Furtado. **Direitos Humanos do Preso**. São Paulo. Saraiva: 1999

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 13ªed. São Paulo: Atlas, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 6. Ed. São Paulo: Atlas: 2008.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do Princípio da Co-Culpabilidade**. Niterói: Impetus, 2006.

NORONHA, Eduardo Magalhaes. **Direito Penal: introdução a parte geral**. Vol. 1. São Paulo: Rideel, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. **Fatores Subjetivos na mediação da Pena: Uma abordagem Crítica**. Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul para a obtenção do título de mestre. Porto Alegre. 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. RT, 2004.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005..

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral** - 5 ed. Florianópolis. Conceito editorial. 2012.

STRECK, Lênio. **Tribunal do Júri e Rituais**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados, 1988. – símbolos

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: RT, 1999.

TRENTO, Ciro. **Pena abaixo do mínimo legal**. Porto Alegre; WS editor, 2003.

TUBENCHLAK, James. **Atenuantes podem fazer descer a pena abaixo do mínimo legal**. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 312, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Reincidência: Um conceito do Direito Penal Autoritário**, in livro de Estudos Jurídicos (06). Bustamante, Ricardo & Tubenclak, James (coords.) Rio de Janeiro: IEJ, 1993

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.